

# A condição jurídica do nascituro no Direito brasileiro

PROF. FRANCISCO AMARAL

*Desejo inicialmente agradecer à Universidade Católica Portuguesa o honroso convite para intervir neste Colóquio dedicado a um dos seus mais eminentes professores, o Senhor Doutor Mário Emílio Bigotte Chorão, cuja obra no campo do Direito e da Filosofia lhe têm granjeado posição de relevo no pensamento jurídico contemporâneo, de matriz portuguesa.*

*O comparecimento de eminentes figuras da vida académica e cultural, a importância do tema escolhido e a participação dos meus ilustres colegas, tudo isso se conjuga na demonstração do nosso afeto, respeito e admiração pelo Jurista que ora se homenageia, conferindo a este ato especial significado na história da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, a que me ligam profundos laços de respeito e veneração, e a cuja rol de doutores me foi concedida, há tempos, a honra de pertencer.*

*Com singela intervenção no painel “A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro”, cujo texto base vai a seguir, associo-me de coração à homenagem que ora se presta, como imperativo de justiça, a essa admirável figura humana de professor, jurista e pensador que é Mário Emílio Bigotte Chorão.*

## 1. A importância do tema.

O tema escolhido para este encontro, “*Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica*”, não poderia ser mais apropriado e oportuno, pelo que se felicita e cumprimenta a respectiva comissão organizadora.

A revolução científica e tecnológica que se desenvolve na sociedade contemporânea implica uma necessária revisão nos postulados do pensamento jurídico ocidental da modernidade, e convoca os juristas à reflexão sobre a crise de paradigmas que afeta o Direito, no seu conceito, nas suas categorias, e na metodologia de realização. Essa crise deve mudar a visão tradicional de mundo que nos foi legada e, conseqüentemente, a nossa ordem jurídica, na sua estrutura, funções, e fundamentos. E exige do jurista que desperte do sono dogmático do normativismo moderno que o levou a aceitar, passivamente, um dos mitos dessa modernidade, a categoria do sujeito abstrato de direito. Hoje a pessoa humana volta a ser o tema central da reflexão jurídica, considerada na sua concretude e substância ontológica e, por isso mesmo, valor fundamental. Permanece, como sempre, determinante para o direito.

Os temas que presidem este encontro, “Verdade, Pessoa Humana e Ordem Político-Jurídica”, justificariam, cada um de per si, tratamentos específicos, cada qual mais importante. Em conjunto, tornam-se um desafio para os juristas e filósofos que aqui prazerosamente comparecem, para uma reflexão conjunta sobre os problemas que a pessoa humana ainda suscita na sociedade contemporânea, tecnológica, complexa, pluralista. Os progressos da medicina, com novas técnicas de tratamento, transplantes de órgãos e estudos sobre a morte, e da biologia, com o *controle da reprodução humana* (inseminação artificial, e fecundação *in vitro*), *da hereditariedade* (engenharia genética), *do sistema nervoso* (psicofarmacologia, da neurobiologia), assim como o desenvolvimento das ciências da comunicação, levantam problemas que a ética e o direito são chamados a resolver, a partir de uma ordem axiológica e jurídica que tenha necessariamente a pessoa humana como centro e valor fundamental de uma sociedade e de um direito democrático. Um dos problemas cruciais que se apresenta nesse contexto é o da personalidade jurídica do nascituro, que surge “*como a questão central do novo biodireito, cujo rumo e destino dependem em grande medida das opções que se fizerem a respeito daquele problema*”<sup>1</sup>.

A esta mesa redonda compete discutir, portanto, sobre a pessoa humana, mais particularmente, a situação jurídica do nascituro no direito brasileiro.

---

<sup>1</sup> Mário Emílio Bigotte Chorão. *Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro*, Lisboa, “O Direito”, 1998, p. 74.

Na reflexão sobre esse tema, que desde há muito, duas décadas pelo menos, suscita nosso interesse, ressalte-se a importante e decisiva contribuição de Mário Emílio Bigotte Chorão, em escritos e conferências, tanto em Portugal como em outros países, entre os quais destaque o Brasil, pelo interesse que nele têm suscitado suas idéias acerca da pessoa humana. É o nosso homenageado um notável pensador de inclinação antipositivista, sempre preocupado com os “princípios éticos concernentes à vida humana”, matéria que desenvolve no seu livro “Pessoa Humana, Direito e Política”, oportunamente editado agora pela Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Nele sustenta, como essência do realismo personalista, que *“a personalidade jurídica não é produto da simples determinação da lei, mas radica na personalidade natural, e adquire-se, não apenas com o nascimento, mas desde a concepção”*<sup>2</sup>. Mostra-se assim, intrépido defensor da concepção realista da personalidade humana.

Nesta matéria, minha ilustre colega a Doutora Silmara Chinelato e Almeida, professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e a maior especialista brasileira nessa matéria, e eu, pessoalmente, defendemos o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, não só como convicção própria mas também como singela homenagem aos juristas brasileiros que defenderam essa tese com ardor, Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Clóvis Beviláqua e, já no nosso tempo, Rubens Limongi França. Com esse sentido e, principalmente, com o intuito de associar-me, embora modestamente, à justa homenagem a Mário Emílio Bigotte Chorão, seja-me, portanto, permitido, tecer brevíssimas considerações sobre o tema no direito brasileiro, hoje enriquecido com as disposições do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002 que, sistema aberto dotado de princípios, valores, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tem no personalismo ético seu principal fundamento, a implicar nova perspectiva de realização do direito privado.

## **2. O estatuto jurídico do nascituro no direito brasileiro. Estrutura e fundamento.**

Acerca do início da personalidade jurídica do nascituro confrontam-se historicamente duas teorias, a) a natalista que, aparentemente, é a do

---

<sup>2</sup> Idem, p. 14.

Código Civil brasileiro, segundo a qual a personalidade começa do nascimento com vida, e b) a teoria concepcionista, que defende começar a personalidade da concepção. Há ainda uma terceira, variante da segunda, que defende a existência de uma personalidade condicional, isto é, a personalidade começaria da concepção, mas subordinada à condição do nascimento com vida<sup>3</sup>. Diga-se, de imediato, que a divergência é mais acadêmica do que real, pois, independentemente do Código Civil estabelecer no seu art. 2.º que a personalidade começa do nascimento com vida, o sistema jurídico brasileiro reconhece no nascituro a titularidade de direitos e sua respectiva proteção, o que, na prática implica reconhecê-lo como sujeito de direito e, portanto, pessoa. Independentemente da sua natureza jurídica, o direito civil sempre protegeu os interesses do nascituro e suas situações jurídicas subjetivas, *rectius*, sua subjetividade jurídica.

Sob o ponto de vista normativo, a condição jurídica do nascituro no direito brasileiro decorre de princípios e normas que, em conjunto, formam aquilo que se pode considerar o seu estatuto jurídico. Ponto de partida é o Art. 2.º do Código Civil segundo o qual “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Repete esse artigo, quase que integralmente, o disposto no Código Civil de 1916, no seu Art. 4.º: “*A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*”. A única mudança é a substituição da palavra *homem*, do Código de Beviláqua, pela palavra *pessoa*, do Código de 2002, o que já tem especial significado, pois considera o homem, como categoria formal e genérica, equivalente a pessoa.

A interpretação literal desses dois dispositivos leva, naturalmente, à conclusão de que o Direito Civil brasileiro, tanto no Código antigo como no atual, adota a teoria natalista, segundo a qual a personalidade jurídica começa do nascimento, concepção aliás, dominante no direito civil contemporâneo, brasileiro e europeu. Essa opinião demonstra o predomínio do normativismo formal no pensamento jurídico que presidiu o processo de codificação civil, que via o direito como objeto e como forma, imposto pelo poder político independentemente de compromissos éticos

---

<sup>3</sup> Silmara Chinelato e Almeida. *O nascituro no Código Civil e no Direito Constituindo*, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, n.º 44, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 180 e segs.

e sociais, do que resultou considerar a pessoa como simples sujeito abstrato, categoria adequada ao desenvolvimento da ordem econômica e jurídica do liberalismo imperante à época<sup>4</sup>. De tudo isso se deduz que a questão da personalidade jurídica do nascituro é puramente de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem e outros que a negam. Fundamental, porém, é a concepção axiológica que legitime as disposições de direito positivo sobre a matéria.

Nesta matéria, como em outras questões que dizem respeito à conceptualizações fundamentais do direito, mais propriamente à sua teoria geral, é necessária uma incursão na história do direito, que nos permita não só compreender a gênese e evolução do conceito de pessoa, como também desenvolver uma reflexão crítica que revele a cristalização de um mito da modernidade em torno desse conceito<sup>5</sup>.

A teoria natalista não era, porém, a dominante no pensamento dos nossos primeiros e hoje clássicos juristas, designadamente Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo<sup>6</sup>, Felício dos Santos<sup>7</sup>. Todos eles, que se substituíram no honroso encargo de elaborar um código civil para a nação brasileira, consideravam que a personalidade jurídica do ser humano tinha início na concepção, não no nascimento. Adotavam, assim, a teoria concepcionista nos seus respectivos projetos de Código Civil.

Teixeira de Freitas começava a sua Consolidação das Leis Civis com o artigo 1.º que assim dispunha: “*As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento*”. Baseava esse artigo em disposições das Ordenações Filipinas Livro 3.º, Título 18, § 7.º, e Livro 4.º, Título 82 § 5.º, e digesto, l.7,26. Posteriormente, no Esboço de Código Civil, dispunha no art. 53: “*São pessoas por nascer as que, não sendo, ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no*

---

<sup>4</sup> Silvério Grassi. *I nascituri concepti e i concepti artificiali*, Torino, G. Giapichelli Editore, 1995, p. 27; Francesca Brunetta d’Usseaux. *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*, Milano, Giuffrè Editore, 2001. p.5.

<sup>5</sup> Paolo Grossi. *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 5.

<sup>6</sup> Projeto de Código Civil, art.19: “*São pessoas por nascer as que já estão concebidas no ventre materno*”, e art. 137: “*Desde a concepção no ventre materno, e antes do seu nascimento, a pessoa é havida por nascida tanto quanto o seu interesse o exige*”.

<sup>7</sup> Projeto de Código Civil, art. 148: “*A existência legal de toda pessoa natural principia do momento da sua concepção no ventre materno; os direitos, porém, que lhes são conferidos, ficam suspensos até o momento do nascimento*”.

*ventre materno*”, e no art. 221: “*Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes do seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas.*” Em notas a esse artigo Freitas dizia que a existência das pessoas antes do nascimento era uma existência real, seus efeitos jurídicos não deixam duvidar, sobre eles não há divergência algumas; e citava, em abono de sua tese o art. 22 do Código Austríaco, o art. 29 do Código da Luisiana, e o art. 3.º do Código do Peru.

Clóvis Bevilacqua escrevia no seu livro “*Resumo das Lições de legislação comparada sobre o direito privado, 2.ª edição, 1897*”, pp. 124-125: “*A existência das pessoas físicas inicia-se com a concepção, porque, desde então, é possível para elas a aquisição de direitos, e, então, o direito penal protege-as contra as agressões criminosas, e mesmo contra alguns fatos ilícitos, não capitulados entre os crimes que ameaçam prejudicar-lhes a vida*”. É a doutrina de Teixeira de Freitas que merece aceitação por conciliar o direito civil com o criminal e com a lógica. Não será efetivamente ilógico atribuir direitos ao nascituro e fazer começar a existência das pessoas, isto é, dos agentes do direito, da época de seu nascimento?”. E no art. 3.º do seu Projeto: “*A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida*”.

Carlos de Carvalho, em Direito Civil Brasileiro Recompilado, dispunha no seu art. 74: “*Às pessoas por nascer, estejam ou não, já concebidas, a lei conserva seus direitos para o tempo do nascimento, contanto que nasçam viáveis.*”

No Código Civil francês, de grande influência nos códigos que se lhe seguiram, admite-se que a personalidade começa com a concepção: “*Art. 16 La loi assure la primauté de la personne,... et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.*”

Do direito romano, não obstante a variedade de textos que se sucederam ao longo dos treze séculos da experiência jurídica romana, pode deduzir-se um princípio geral que é o princípio da paridade entre o concebido e o nascido, salvo algumas exceções de algumas partes do direito<sup>8</sup>. “O princípio geral é claramente afirmado no livro I, título V (*De statu hominum*) do Digesto, e encontra correspondência terminológica

---

<sup>8</sup> D.27,1,2,6; D.1,5,26

no livro 50.1,5.26”<sup>9</sup>. Nas Ordenações do Reino<sup>10</sup> é de admitir-se que a personalidade começava da concepção.

O Código Civil argentino acolheu esse critério no seu art. 70, e da mesma forma os códigos mais modernos, como o mexicano (art. 22), o venezuelano (art. 17), o peruano (art. 1). Também o Código Civil suíço, no art. 31, 2: “*O nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em consequência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tenham sido atribuídas na fase da concepção.*” Ora, de acordo com o disposto no par. 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, expectativa de direito é direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação. Assim, falar-se em condição ou em expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade.

O Código Civil brasileiro de 2002, no seu art. 2.º <sup>11</sup> repete a fórmula do art. 4.º do Código Civil de 1916, com a substituição da palavra *homem*, pela de *pessoa*. Mantêm-se ambos fiéis ao formalismo imperante no século XIX, o século das codificações, que via no Estado o monopólio da criação jurídica, na lei a suprema fonte de direito e de justiça, e na pessoa um *abstrato sujeito de direito*, aspectos representativos do que veio a ser conhecido como o paradigma da modernidade, o direito do Estado liberal. Surgia, assim, uma relação de dependência do ser humano ao direito<sup>12</sup>, que se manteve na grande maioria dos códigos civis subseqüentes.

### 3. A interpretação do sistema

Em face dos enunciados jurídicos assinalados nos dois Códigos Civis brasileiros, parece poder afirmar-se que, à primeira vista, nada se alterou quanto ao início da personalidade, permanecendo em nosso direito

---

<sup>9</sup> Pierangelo Catalano. *Osservazione sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano*, in *Rassegna di diritto civile*, nº 1/88, Roma, ESI, 1988, p. 202.

*Conceptus pro jam nato habetur, quoties de eius commodo agitur* (o nascituro é tido como já nascido quando se tratar de seus interesses). D. 1.5.7 D.1.1.26: D. 2. 5. 4. 1. 1. Ainda sobre o nascituro no direito romano cfr. Giuseppe Gandolfi. *Nascituro*, *Enciclopedia del diritto*, XXVII, p. 530 e segs.

<sup>10</sup> Ord. 3, 18, § 7; 4. 82, § 5

<sup>11</sup> Art. 2.º *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*

<sup>12</sup> Não era a pessoa o fundamento da ordem jurídica, era esta quem dizia quem era sujeito de direito.

positivo e em nossa doutrina a já secular pergunta: O nascituro tem personalidade jurídica ou, de outro modo, quando se inicia a personalidade humana, com a concepção ou com o nascimento? A doutrina dominante no Brasil nega personalidade jurídica ao nascituro, conforme a redação do art. 2.º do Código, mantendo-se a fórmula tradicional do Código Civil de 1916 e o pensamento segundo o qual a *personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*. Não obstante essa tendência, o sistema do jurídico brasileiro permite outra conclusão.

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece no art.1.º, item III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado democrático de direito. Reconhece também, como manifestação desse princípio, o do direito à vida<sup>13</sup>, isto é, o direito subjetivo à vida, que se configura, obviamente, quando a vida começa, isto é, da concepção, que é quando também começa a personalidade jurídica do ser humano, já que superada está a tese de direitos sem sujeito. “Fundado na natureza, na biologia, o direito civil responde aqui às exigências da vida: é a vida que exige ser reconhecida”<sup>14</sup>. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide<sup>15</sup>. Além disso, para a personalidade basta a individualidade, que decorre do código genético, do genoma, que surge com a concepção, e não a autonomia, que significa auto-suficiência<sup>16</sup>.

No Código Civil brasileiro, os artigos 542 (doação feita ao nascituro) e 1.779 (curatela do nascituro), permitem considerar o nascituro como sujeito de direitos. Ele pode, ainda, por meio de seu representante legal, receber e aceitar doação (art. 542). Tem legitimidade para suceder hereditariamente (arts. 1.798 e 1.799), pode ser beneficiário de um contrato a favor de terceiro (art. 436) e de um seguro de vida (arts. 792 e 542), tem direito a alimentos (art. 1.694), direito de indenização por morte de seus genitores (art. 948, II). Tem direito a curatela (art. 1.779), tem direito a ser reconhecido como filho (art. 1.609, parágrafo único).

No direito processual, tem capacidade para ser parte. A jurisprudência brasileira tem reconhecido a capacidade processual ativa do

<sup>13</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5.º.

<sup>14</sup> Gérard Cornu. *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, 11e. édition, Paris, Montchrestien, 2003, p. 200.

<sup>15</sup> Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil*, I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 127. Silmara Chinelato e Almeida, *Tutela Civil do Nascituro*, p. 161 e segs.

<sup>16</sup> Silverio Grassi, p. 32.



nascituro<sup>17</sup> e também capacidade processual passiva<sup>18</sup>. De tudo isso se conclui que o nascituro é titular do direito à vida, à herança, à curatela, à doação, ao reconhecimento como filho, a ser contemplado como herdeiro, a receber alimentos, a ser beneficiado por seguro, a ser parte ativa ou passiva em ação judicial.

De modo sintético pode-se, portanto, dizer que no direito civil brasileiro o nascituro pode ser titular de diversas situações jurídicas. Tem direito subjetivo à vida, à titularidade da propriedade dos bens doados ou herdados, à curatela, a ser beneficiário de contratos, como o de seguro, a ser reconhecido como filho, a ser protegido pelas leis trabalhistas e previdenciárias, à indenização por ato ilícito contra parentes seus, a alimentos, a participar em relações processuais civis, a ser reconhecido como filho. A titularidade dessas situações justifica a tese da sua personalidade jurídica, pois só pode ser titular de direitos quem tem personalidade, e ter personalidade é ser pessoa, superada hoje a tese da possibilidade de direitos sem sujeito titular.

Se em termos imediatos, o enunciado formal do art. 2.º do Código Civil brasileiro permite afirmar ser o nascituro destituído de personalidade jurídica, uma análise sistemática permite, porém, chegar a conclusão diversa.

#### **4. O conceito e fundamento da pessoa humana e a natureza do nascituro.**

Acerca do conceito e da natureza da pessoa a doutrina divide-se em duas concepções básicas, a *clássica*, realista ou naturalista, e a *formal*, idealista, ou jurídica, esta predominante<sup>19</sup>.

Para a concepção clássica, todos os indivíduos têm personalidade, considerada inerente à condição humana como atributo essencial do ser humano, dotado de vontade, liberdade e razão. Pressupõe a coextensividade entre pessoa natural e jurídica, a noção substancialista da pessoa (*A pessoa é substância individual, de natureza racional, um indivíduo concreto dotado de natureza ontológica*, Boécio, séc. XVI) e o princípio da dignidade humana.

---

<sup>17</sup> Ação de alimentos em seu favor, Revista dos Tribunais 625/177 e 587/182, e ação cautelar de reserva de bens.

<sup>18</sup> Ação anulatória de testamento que contempla nascituro, ação anulatória de doação em que o nascituro é donatário.

<sup>19</sup> Mário Emílio Bigotte Chorão. *A Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do Nascituro*, Revista "O Direito", Lisboa, 1988. p. 61.

O princípio da dignidade da pessoa humana positiva a idéia de que a pessoa humana, por sua qualidade intrínseca, é um valor em si mesmo, absoluto, não um meio de realização de interesses alheios, merecendo o respeito e consideração social. É um imperativo categórico que exige o respeito à integridade física, moral e intelectual da pessoa. É, assim, um valor normativo. E o *princípio da concretude*, um dos princípios norteadores do legislador, no campo da metodologia de realização do direito, orienta no sentido do ser humano ser considerado *in concreto*, circunstanciado, não o sujeito de direito *in abstracto*, do direito da modernidade.

Para a *concepção formal*, idealista, ou jurídica, típica do positivismo, a pessoa é um conceito e, como tal, compreende todos os entes que possam desempenhar funções descritas adrede, e a personalidade uma atribuição do direito. Pessoa e ser humano não seriam categorias coincidentes. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo.

A *concepção naturalista*, mais atualizada a meu ver, considera que pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, reconhecendo serem inseparáveis as construções jurídicas da realidade social, na qual se integram e pela qual se justificam.

O valor fundamental da ordem jurídica brasileira, de natureza constitucional e civil, é a pessoa humana. Demonstra-o o fato da Constituição da República ter como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), e o Código Civil de 2002 recepcionar a disciplina geral dos direito da personalidade (arts. 11 a 21), o que não se verificava no direito anterior.

No que diz respeito ao *nascituro*, o Código Civil brasileiro, adota, no seu art. 2.º, como já o fazia o Código de Beviláqua no seu art. 4.º, a concepção formal, idealista, da personalidade jurídica, admitindo ser a lei ou o sistema jurídico a causa eficiente da personalidade jurídica. Outras disposições do Código e da Constituição, e os valores que as legitimam, como já referido, permitem, porém, deduzir o contrário, permitindo que se afirme ser, no sistema jurídico brasileiro atual, dominante a concepção realista da personalidade.

Ser humano significa ser pessoa, ainda que determinadas características mais complexas de sua natureza racional se manifestem de acordo com um processo evolutivo próprio de sua espécie. E ser pessoa é ser sujeito jurídico. O nascituro é sujeito de direito, consequentemente é pessoa. Tem personalidade jurídica.